Die Haftung

der

offenen Handelsgesellschaft

für

Delikte ihrer socii.

Inaugural-Dissertation

zur

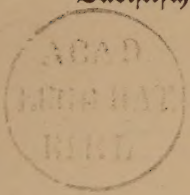
Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Wolfgang Kaestner,
Referendar in Crimmitschau.



Otto Wigand
Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.
Leipzig 1906.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 7

I. Abschnitt.

Das Wesen der offenen Handelsgesellschaft.

§ 2. Allgemeines 9
§ 3. Die offene Handelsgesellschaft ist keine juristische Person . 11
§ 4. Die offene Handelsgesellschaft ist keine aus den Prinzipien des römischen Rechts entwickelte Sozietät 15
§ 5. Welcher Art ist das Rechtsinstitut der offenen Handelsgesellschaft? 17

II. Abschnitt.

Die Haftung der offenen Handelsgesellschaft.

§ 6. A. Die Haftungen für Handlungen, die von sämtlichen Gesellschaftern gemeinsam vorgenommen worden sind . 20
B. Die Haftung für Handlungen, die von einem einzelnen, von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossenen Gesellschafter vorgenommen worden sind 23
§ 7. Allgemeines 23
§ 8. Insbesondere die Haftung für die unerlaubten Handlungen eines Gesellschafters 26
§ 9. a) Das kontraktliche Verschulden 29
b) Das außerkontraktliche Verschulden 30
§ 10. Die weitere Haftung 33

Litteraturverzeichnis.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin, 1886.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Auflage. Stuttgart, 1903.

Crome, Solidarität aus unerlaubten Handlungen. Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Band 35.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. 1897.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und von Preußen, Band II. Halle a. S., 1901.

Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin, 1902.

Frémery, Etudes de droit commun.

Gareis, Deutsches Handelsrecht, 7. Auflage. München, 1903.

Gierke, Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht. Archiv für bürgerliches Recht, Band 19.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Leipzig, 1895.

Goldschmidt, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen, Goldschmidts Zeitschrift, Band 16.

Gorsky, Die Geschäftsführung und Vertretung der offenen Handelsgesellschaft. Wien, 1888.

Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Jena, 1900.

Johow, Entscheidungen des Kammergerichts.

Jung, Delikt und Schadensverursachung. Heidelberg, 1897.

Kuntze, Prinzip und System der Handelsgesellschaften. Goldschmidts Zeitschrift, Band 6.

Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. Goldschmidts Zeitschrift, Band 30 und 31.

Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin, 1901/1902.

Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten. Frankfurt a. M., 1879.

Linkelmann, Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Berlin, 1898.

von Liszt, Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin, 1898.

Makower, Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, 12. Auflage. Berlin, 1898—1904.

Nöldecke, Die außerkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden nach §§ 831, 832 B.G.B. in Gruchots Beiträgen, Band 41.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1. u. 2. Auflage. Berlin 1902.

Rober, Die Haftung eines nach dem 1. Januar 1900 aus einer offenen Handelsgesellschaft ausgeschiedenen Mitglieds pp. Erlanger Inaugural-Dissertation 1903.

Schulz, Haftet die offene Handelsgesellschaft für die selbständigen, d. h. nicht in Ausführung von Rechtsgeschäften begangenen Delikte ihrer Mitglieder? (Greifswalder Dissertation 1896.)

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 7. Auflage. Berlin, 1900.

Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Auflage. Leipzig, 1879.

Unger, Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft. Iherings Jahrbücher, Band 25.

§ 1.

Einleitung.

Die Frage, ob und inwieweit die offene Handelsgesellschaft für Delikte ihrer socii hafte, ist immer eine sehr bestrittene gewesen. Der Hauptgrund für die auf diesem Gebiete herrschende Unsicherheit mag darin liegen, daß über die juristische Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft stets die verschiedensten Ansichten geherrscht und zu den widersprechendsten Resultaten hinsichtlich der anzunehmenden Haftung geführt haben. Wenn auch die Judikatur, so namentlich das R.G., schon seit geraumer Zeit einen bestimmten Weg verfolgt hat, so sind doch die Meinungen über die Grundsätze, die diesen eingeschlagenen Weg bedingt haben, weit auseinandergegangen. Auch das neue H.G.B. gibt, obwohl es hinsichtlich der Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft einen klaren Standpunkt einnimmt, — vgl. § 105 des neuen und Art. 85 des alten Handelsgesetzbuchs — im übrigen für die Beantwortung unserer Frage keine neuen Mittel an die Hand. Es wird deshalb nach wie vor nötig sein, vor allem auf das Wesen der offenen Handelsgesellschaft näher einzugehen und zu prüfen, inwieweit die allgemeinen Rechtssätze über Haftung überhaupt auf sie Anwendung finden können.

Zur näheren Bestimmung unseres Themas nach Umfang und Inhalt mag Folgendes vorausgeschickt werden.

Es ist zunächst scharf zu scheiden zwischen Geschäftsführung und Vertretungsmacht.

Erstere bezieht sich auf das innere Verhältnis der Gesellschafter zu einander: derjenige, dem sie zusteht, ist den Gesellschaftern gegenüber zur Führung der Geschäfte berechtigt und verpflichtet. Werden die Gesellschafter durch seine Tätigkeit verpflichtet, so können sie gegen ihn, wenn er ordnungsmäßig in Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte gehandelt hat, nicht Regreß nehmen.

Letztere dagegen betrifft das Verhältnis nach außen, Dritten gegenüber.

Geschäftsführung und Stellvertretung können getrennt vorkommen, wer vertretungsberechtigt ist, braucht deshalb nicht auch zur Geschäftsführung befugt zu sein und umgekehrt.

Da unsere Abhandlung die „Haftung" der Gesellschafter für Delikte der socii betrifft, d. h. die Frage sich zur Beantwortung stellt, wann die Gesellschaft durch Handlungen, und zwar insbesondere Delikte, der socii Dritten gegenüber verpflichtet wird, so kommt für uns nur die Vertretungsmacht in Frage. Inwieweit ein Gesellschafter den anderen bezw. der Gesellschaft gegenüber aus dem Mißbrauche seiner Befugnis zur Geschäftsführung haftbar ist, kann deshalb vollkommen dahingestellt bleiben.

Erster Abschnitt.

Das Wesen der offenen Handelsgesellschaft.

---

§ 2.

Allgemeines.

Durch die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat das Handelsgesetzbuch an Bedeutung und Selbständigkeit wesentlich eingebüßt. Viele früher im Handelsrechte normierten Rechtssätze sind in veränderter Gestalt in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen worden, und dieses bildet die allgemeine Grundlage, auf der sich die meisten Rechtsinstitute des Handelsrechts aufbauen. Auch das Handelsgesellschaftsrecht, dem man zwar eine gewisse Geschlossenheit nicht absprechen kann, findet doch zumal in seinen Bestimmungen über die offene Handelsgesellschaft in vielen wesentlichen Punkten jetzt seine unentbehrliche Ergänzung in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Diese Erwägungen bestätigend gibt das Handelsgesetzbuch in § 105 folgende Begriffsbestimmung für die offene Handelsgesellschaft:

Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Ge-

sellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beschränkt ist[1]).

In Absatz II des angezogenen Paragraphen sagt das Gesetz auch noch ausdrücklich, daß auf die offene Handelsgesellschaft, soweit nicht in dem ihr gewidmeten Abschnitte des Handelsgesetzbuchs ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden.

Die offene Handelsgesellschaft ist also nach ihrer Definition im Handelsgesetzbuch eine Art der bürgerlichen Gesellschaft.

Da aber in der Wissenschaft und Praxis darüber Einverständnis herrscht, daß die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Art der römischen Sozietät und auch keine juristische Person ist, könnte man annehmen, daß durch die neue Begriffsbestimmung der Streit über das Wesen der offenen Handelsgesellschaft beigelegt sei[2]).

Indessen wäre es nicht ausgeschlossen, daß die offene Handelsgesellschaft in dem die Definition enthaltenden Paragraphen zwar eine Gesellschaft genannt, ihr aber doch durch die übrigen im Gesetz enthaltenen Bestimmungen völlig das Wesen einer juristischen Person beigelegt würde. Es würde dann allerdings die Gesetzesterminologie eine unlogische zu nennen, die offene Handelsgesellschaft aber doch ihrem Wesen nach als juristische Person zu betrachten sein. Daß dem nicht so ist, und daß auch die für das Wesen einer gemeinrechtlichen Sozietät unbedingt erforderlichen Voraussetzungen der offenen Handelsgesellschaft fehlen, mag im Folgenden erörtert werden, und zwar wird der Betrachtung der

1) Vgl. dagegen Art. 85 des alten H.G.B.: Eine offene Handelsgesellschaft ist vorhanden, wenn 2 oder mehrere Personen ein Handelsgewerbe unter gemeinsamer Firma betreiben und bei keinem der Gesellschafter die Beteiligung auf Vermögenseinlagen beschränkt ist.

2) Staub zu § 105 Handelsgesetzbuch.

beiden Fragen ein Raum gewidmet werden, der vielleicht in keinem Verhältnisse zu ihrer jetzigen geringen Bedeutung zu stehen scheint; indessen soll gleichzeitig mit der Erledigung der bezeichneten Fragen die Untersuchung über das Wesen der offenen Handelsgesellschaft überhaupt in den in Betracht kommenden Richtungen angestellt werden.

§ 3.

Die offene Handelsgesellschaft ist keine juristische Person.

Ein begriffsbestimmendes Merkmal der juristischen Person ist vor allem die Eigenschaft, daß sie ein völlig selbständiges Rechtssubjekt darstellt, ein Rechtssubjekt, das *als solches* Rechte erwerben, Verpflichtungen eingehen und somit Träger von Vermögensrechten sein kann. Der Bestand der Mitglieder ist demzufolge ohne jeden Einfluß auf das Bestehen der juristischen Person[3]).

Diese steht jenen als selbständige dritte Person gegenüber. Für ihre Schulden haftet deshalb auch lediglich das ihr als selbständigem Rechtssubjekte zustehende Vermögen, während das Privatvermögen der Mitglieder als das der juristischen Person unverbundener Dritter niemals ohne Sonderabmachung für Verbindlichkeiten der ersteren in Betracht gezogen werden kann:

Quod universitas debet, singuli non debent, nec debet universitas, quod singuli debent.

In schroffstem Gegensatze zu diesen für die Haftung der juristischen Person geltenden grundlegenden Bestimmungen stehen die Satzungen über die Haftung der offenen Handelsgesellschaft[4]).

Für diese gilt als oberster Grundsatz die primäre Solidar-

3) Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts I, S. 444.

4) Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. Goldschm. Zeitschrift Bd. 30, S. 497.

haftung der Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft. Diese prinzipale Sonderhaft der Mitglieder einer Vereinigung für deren Schulden ist aber mit dem Wesen einer Korporation unvereinbar [5]).

Der Umstand, daß es juristische Personen geben kann, deren Mitglieder subsidiär nach dem Gesellschaftsvermögen mit ihrem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Korporation haften, vermag, da die Haftung eben nur als sekundäre denkbar ist, die aufgestellte Behauptung nicht zu widerlegen.

Die prinzipale Sonderhaftung muß besonders bei der Beurteilung derjenigen beiden Institute betont werden, die immer als wesentliche Momente dafür, die offene Handelsgesellschaft als juristische Person zu behandeln, betrachtet worden sind. Diese beiden Institute sind: „Das Gesellschaftsvermögen" und „die Firma".

Was zunächst das Gesellschaftsvermögen betrifft, so ist durch die Statuierung der Prinzipalhaftung der Gesellschafter die Existenz eines wirklich selbständigen, von dem Vermögen der Gesellschafter unabhängigen Sondervermögens der Gesellschaft schlechterdings undenkbar.

Das Gesetz redet zwar von einem „Gesellschaftsvermögen". Ein solches kann wohl bestehen und ist besonderen gesetzlichen Vorschriften unterworfen. So steht die Disposition über dieses Sondervermögen nicht ohne weiteres den Einzelnen, soweit sie dazu beigetragen haben, zu. Trotzdem bedeutet das Gesellschaftsvermögen weiter nichts als für Gesellschaftszwecke abgesondertes Vermögen [6]), dessen Sub-

5) Laband a. a. O. S. 469 ff.

6) Laband, Goldschm. Zeitschrift Bd. 31, S. 150; vgl. auch Unger, Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft, Iherings Jahrbücher Bd. 25, S. 258: „Das Gesellschaftsvermögen ist das Vermögen der vereinigten Gesellschafter, es ist aber den Interessen der Gesamtheit rechtlich verfangen und verstrickt."

jekt die Gesamtheit der Gesellschafter ist. Niemals kann unter dem Begriffe des Gesellschaftsvermögens eine absolute Verselbständigung des Vermögens verstanden werden — diese kann nicht ohne Schaffung einer juristischen Person zustande kommen —, sondern immer nur eine relative Selbständigkeit [7]).

Demzufolge kann der Gesellschafter auch, rechtzeitige Kündigung vorausgesetzt, seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen zurückziehen und mit seinen Privatvermögen wieder vereinigen: er hat das hingegebene Vermögen nicht einer fremden Person überantwortet [8]).

Die Trennung von Gesellschafts- und Privatvermögen ist sonach nur eine äußerliche: die Gesellschafter bleiben Eigentümer ihrer Anteile, die vom Gesetz Kapitalanteile (§ 121 Handelsgesetzbuch) genannt werden.

Aus dem Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen die Konstruktion der offenen Handelsgesellschaft als juristische Person zu folgern, ist nach dem Gesagten nicht denkbar.

Was ferner die Firma anbetrifft, so sagt Gierke, Archiv für bürgerliches Recht, Band 19, Seite 121 treffend:

„Die Firma der Handelsgesellschaft ist ein von der Rechtsordnung anerkannter und geschützter, durch das Handelsregister veröffentlichter, für und wider jedermann die Gesellschaft als Personeneinheit kennzeichnender kaufmännischer Name.

Sie ist das formelle Mittel, das die Handelgesellschaft befähigt, sich als rechts- und handlungsfähige Einheit in den Verkehr zu begeben.

---

7) Gierke, „Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht". Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 124.

8) Kuntze, Prinzip und System der Handelsgesellschaften, Goldschmidts Zeitschrift Bd. 6, S. 215.

Freilich ist auch sie nur ein Gesamtname, ein gemeinschaftlicher Name der Gesellschafter[9]."

Aus dem Umstande, daß bei dem Erwerbe von Grundstücken durch die offene Handelsgesellschaft in die Eigentümerrubrik des Grundbuchs lediglich die Firma und nicht die Namen der Gesellschafter eingetragen werden, ist für die Annahme der gesonderten Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft kein Grund abzuleiten. Diese ist eben durch Gesetzesvorschrift befähigt unter ihrer Firma Rechte zu erwerben, und so wird auch die Firma in das Grundbuch eingetragen, jedoch lediglich als abgekürzte Bezeichnung für die jederzeit aus dem Handelsregister ersichtlichen Inhaber der Firma, d. h. die Gesellschafter. Daß die Firma aber nur eine Gesamtbezeichnung der Gesellschafter bedeutet, und wie eng sie mit diesen verbunden ist, zeigt sich z. B. darin, daß die Gesellschaft, wenn auch nur ein einziger Gesellschafter Ausländer ist, gegebenenfalls nicht berechtigt sein würde, für ihre Schiffe die deutsche Flagge zu führen[10], während im Gegensatz hierzu eine Aktiengesellschaft, deren sämtliche Aktionäre Ausländer sind, sofern sie nur ihren Sitz im Inlande hat, für ihre Schiffe die deutsche Flagge zu führen berechtigt sein würde.

Wie sich ferner aus § 131 H.G.B. ergibt, wird die offene Handelsgesellschaft regelmäßig durch den Wegfall eines Gesellschafters aufgelöst, ein Zeichen dafür, daß sie von den sie bildenden Personen keineswegs wie etwa die juristische Person losgelöst ist. Dem Wesen einer solchen würde es auch nicht entsprechen, daß die Gesellschaft durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters gekündigt werden kann.

---

9) Vgl. hierzu Unger in Jherings Jahrbüchern, Bd. 25, S. 253 f.: „Die Firma der Kollektivgesellschaft ist nicht die Firma einer Einzelperson, sondern eine gemeinsame Firma, ist der zusammenfassende Ausdruck für die sämtlichen Gesellschafter in ihrer Zusammengehörigkeit."

10) Gierke, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 121.

Auf Grund der gegebenen Erwägungen, deren Überzeugungskraft man sich nicht entziehen konnte, hat man die Behauptung aufgestellt, der offenen Handelsgesellschaft wohne zwar keine gewöhnliche, wohl aber eine sogenannte relative juristische Persönlichkeit inne. Sie sei in beschränkter Weise eine juristische Person, nämlich nur nach außen, während sie nach innen Gesellschaft sei[11]). Dies ergebe sich z. B. daraus, daß die Gesellschaft (§ 121 H.G.B.) unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden könne, daß nach § 129 ein wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommener Gesellschafter eine fällige Forderung der Gesellschaft nicht selbständig aufrechnen könne und ähnliches. Daß diese Eigenheiten der offenen Handelsgesellschaft ihr jedoch bei dem Mangel der begriffsbildenden Merkmale nicht den Charakter einer juristischen Person zu verleihen vermögen, ist oben dargestellt worden, und es ist deshalb auch kein Grund einzusehen, ihr wegen dieser Modifikationen die äußerst gekünstelte relative juristische Persönlichkeit unterzuschieben. Vielmehr dürfte die Ansicht Goldschmidts[12]) die richtige sein, die mit wohl angebrachter Energie sich dahin ausspricht: „Alle diese modifizierten juristischen Personen, die man bald moderne, bald relative nennt, sind juristische Personen, die in Wirklichkeit keine juristischen Personen sind."

§ 4.

Die offene Handelsgesellschaft ist keine aus den Prinzipien des Römischen Rechts entwickelte Sozietät.

Die von der Wissenschaft für die offene Handelsgesellschaft aufgestellte sogenannte Sozietätstheorie hat jedwede

11) Unger, Jherings Jahrbücher, Bd. 25, S. 243.
12) Goldschmidts Zeitschrift Bd. 35, S. 408, 409.

Bedeutung verloren. Schon die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist, wie Gierke a. a. O. S. 116 sagt, von vornherein in ihrer normalen Gestalt als ein von der römischen societas grundverschiedenes Gebilde aufgebaut und hat keinen loseren Gesellschaftstypus hinter sich, als dessen Modifikation sie aufgefaßt werden könnte. Wie viel weniger kann der Begriff der societas auf die offene Handelsgesellschaft erstreckt werden, die auf Grund der für sie geltenden, von den Grundsätzen der bürgerlichen Gesellschaft abweichenden Sonderbestimmungen eine noch weit mehr ausgeprägte Einheit als diese erlangt hat. Diese geschlossene Einheit ist nicht in Einklang zu bringen mit dem Begriffe der societas, deren Mitglieder durch den Gesellschaftsvertrag lediglich unter sich gebunden sind, sodaß nur der mit dem Dritten kontrahierende socius aus einem für die societas geschlossenen Rechtsgeschäfte berechtigt und verpflichtet wird. Möge das Wort Frémery's „Etudes de droit commun", Seite 31, das dieses Grundprinzip der societas treffend zum Ausdruck bringt, hier zitiert werden: „Il y a des associés, mais il n'y avait point de société."

Dem gegenüber steht die Fähigkeit der offenen Handelsgesellschaft, unter ihrer Firma rechtsgeschäftlich im Verkehr aufzutreten, sowie die Solidarhaftung der Gesellschafter! Weitere bedeutsame Unterschiede anzuführen, die, wie besonders die erwähnten, die völlige Verschiedenheit der den beiden Rechtsinstituten zugrunde liegenden Prinzipien darlegen, mag unterlassen werden. Schon die im Vorstehenden näher beleuchteten Besonderheiten der offenen Handelsgesellschaft, die für ihr Wesen als juristische Person von den Verfechtern dieser Theorie in den Vordergrund gestellt werden, müssen zwingend dartun, daß die Sozietätstheorie keine Berechtigung haben kann.

§ 5.

Welcher Art ist das Rechtsinstitut der offenen Handelsgesellschaft?

Die offene Handelsgesellschaft ist weder juristische Person noch eine römisch-rechtliche Sozietät. Sie ist etwas Drittes, das weder dem einen noch dem anderen Begriffe subsumiert werden kann, sie ist, um mit Cosack zu reden, „eine Einheit in der Vielheit, eine Vielheit insofern, als die offene Handelsgesellschaft gleich der Summe der Gesellschafter ist, eine Einheit, weil diese Summe von Personen nicht nur obligatorisch unter sich, sondern auch nach außen hin, im Verhältnis zu Dritten, als aneinandergebunden gilt". [13])

Dieses Rechtsinstitut hat sich, wie von der Wissenschaft überwiegend angenommen wird, im deutschen Rechte entwickelt und dürfte auf die von dem Prinzipe der gesamten Hand beherrschte Ganerbschaft zurückzuführen sein. Auf den Entwicklungsgang näher einzugehen, würde den Rahmen unseres Themas überschreiten. Jedenfalls steht fest, daß die offene Handelsgesellschaft in ihrer Entwicklung mancherlei abgestreift hat, was den nach dem Gesamthandsprinzip geordneten Rechtsinstituten wesentlich war, es sei nur erinnert an den Wegfall der ursprünglich verlangten unitas actus und an das neuerdings herrschende Erfordernis der prinzipalen Solidarhaft der Gesellschafter im Gegensatz zur einstigen subsidiären Haftung der Gesamthänder.

Jedenfalls bedeutet die gesamte Hand grundsätzlich Personenverbindung.

---

13) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 553; vgl. auch Unger a. a. O., S. 249: Es bleibt vielmehr die Möglichkeit offen, die Gesamtheit unpersönlich aufzufassen und sie als ein Kollektivganzes, als eine konkrete Einheit zu behandeln.

Sie hebt in irgend einem Umfange das reine Fürsichsein der Subjekte auf, verknüpft sie organisch miteinander als Ehepaar, als Gesellschaft, als Gemeinschaft usw. und faßt sie so zu einer Einheit zusammen, die wir als Personeneinheit bezeichnen können[14]).

Diese grundsätzliche Bedeutung hat auch das die offene Handelsgesellschaft beherrschende Prinzip, und man kann ohne Bedenken mit Gierke sagen, daß die offene Handelsgesellschaft eine nach dem Prinzipe der gesamten Hand konstruierte Gesellschaft ist, zumal das alte Wort „gesamte Hand" in der neueren Literatur längst allgemein festen Boden gewonnen hat, mögen auch über seine wirkliche Bedeutung die Meinungen mehr oder weniger auseinandergehen.

Im Folgenden sei deshalb, und zwar im Anschluß an Gierke, eine Ausführung gegeben, auf Grund deren sich die Annahme des Prinzips der gesamten Hand für die offene Handelsgesellschaft als berechtigt darstellen dürfte.

Zunächst bedingt dies Prinzip eine subjektive Einheit: Die mehreren Personen sollen in einer rechtlichen Verbundenheit die Stellung eines Rechtssubjektes haben. Diese schon bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vorhandene Einheit wird zum Prinzip für die offene Handelsgesellschaft noch ganz besonders hingestellt und augenscheinlich gemacht durch das begriffsbestimmende Erfordernis der gemeinschaftlichen Firma.[15])

---

14) Gierke, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 118; vgl. auch desselben deutsches Privatrecht, S. 660: „Eine personenrechtliche Gemeinschaft ist eine Gemeinschaft, zu der mehrere Personen durch ein die Persönlichkeit als solche ergreifendes Rechtsverhältnis verbunden sind. Im Gegensatze zur Verbandsperson ist sie ein Rechtsverhältnis, kein Rechtssubjekt. Von anderen Gemeinschaftsverhältnissen aber unterscheidet sie sich dadurch, daß sie nicht bloß äußere Beziehungen zwischen Rechtssubjekten herstellt, sondern die Rechtssubjektivität selbst in einen besonderen Zustand versetzt."

15) Vgl. das S. 13 f. über die Firma Gesagte.

Den objektiven Niederschlag der gesellschaftlichen Personeneinheit aber bedeutet das Gesellschaftsvermögen, das ein Sondervermögen darstellt, dessen Subjekt die Gesellschafter „zu gesamter Hand" sind.

Die Einheit der offenen Handelsgesellschaft kommt weiter noch zum Ausdruck in der nach dem Gesetze grundsätzlich jedem Gesellschafter zustehenden unbeschränkten und unbeschränkbaren Vertretungsmacht, wodurch die Gesellschaft in besonderer Weise willens- und handlungsfähig wird.

Trotz allem aber ist die Personeneinheit keine von den Gliedspersonen losgelöste und ihnen gegenüberstehende Verbandsperson, sondern nur „die kollektive Einheit der verbundenen Personen". Hieraus folgt, daß die verbundenen Personen fähig sind, als Gesellschafter zusammen oder insgesamt Rechte und Pflichten zu haben, die sich von den ihnen als einzelnen „sonders" oder insonderheit zukommenden Rechten und Pflichten unterscheiden[16]).

Das Prinzip der gesamten Hand ist, wie schon angedeutet, bei der offenen Handelsgesellschaft weit mehr durchgeführt als bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und man kann mit Gierke behaupten, daß alle wesentlichen Unterschiede der erstgenannten von der letzteren sich auf „ein Plus von gesamter Hand" zurückführen lassen.

16) Gierke, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 118; vgl. auch desselben deutsches Privatrecht, S. 660. Das Wesen der personenrechtlichen Gemeinschaft beruht auf der rechtlichen Ordnung eines Zusammenhanges, der das Fürsichsein der einzelnen Menschen in einem bestimmten Bereiche aufhebt und durch Verbundenheit ersetzt. Von den verbundenen Personen löst sich kein selbstständiges soziales Lebewesen mit eigener Persönlichkeit ab.

Zweiter Abschnitt.

Die Haftung der offenen Handelsgesellschaft.

A.

§ 6.

Die Haftung für Handlungen, die von sämtlichen Gesellschaftern gemeinsam vorgenommen worden sind.

Die offene Handelsgesellschaft kann sich im Rechtsleben betätigen, sowohl durch Handlungen, die von sämtlichen Gesellschaftern gemeinsam vorgenommen werden, als auch durch Handlungen einzelner Gesellschafter, sei es eines einzigen, der von der Vertretungsmacht nicht ausgeschlossen ist, sei es mehrerer, die durch Gesellschaftsvertrag nur zu gemeinsamer Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sind.

Daß Handlungen von sämtlichen Gesellschaftern vorgenommen werden, ist durchaus möglich, ja das Gesetz verlangt selbst, daß die Anmeldungen zum Handelsregister (§ 108) von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken sind. Infolgedessen ist wohl denkbar, daß zumal bei Gesellschaften, die sich nur aus wenigen socii zusammensetzen, auch im übrigen Geschäftsbetriebe Handlungen von diesen gemeinsam vorgenommen werden, und bei einer durch Gesellschaftsvertrag statuierten und ins Handelsregister eingetragenen, allen Gesellschaftern nur gemeinsam zustehenden Gesamtvertretung können Dritten gegenüber wirksame Rechtshandlungen nur auf diese Weise

zustande kommen. Nehmen wir nun an, sämtliche Gesellschafter begehen gemeinsam ein Delikt, so haften sie gemäß § 830 Abs. 1 B.G.B. für den verursachten Schaden als Gesamtschuldner. Inwieweit haftet aber die Gesellschaft als solche für den verursachten Schaden und haftet sie überhaupt dafür? Die Beantwortung dieser Frage ist nicht gleichgültig, denn es kann für den Geschädigten wichtig sein, sich außer an die einzelnen Gesellschafter an die von ihnen gebildete offene Handelsgesellschaft halten zu können. Dies wird besonders in Frage kommen, wenn der Konkurs über die offene Handelsgesellschaft ausbricht. Dann kann der Geschädigte als Gläubiger der Gesellschaft seine Forderung in deren Konkurse geltend machen, während ihm als Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter diese Möglichkeit nicht gegeben ist — vgl. Konkursordnung § 209.

Da wir oben festgestellt haben, daß die Gesellschaft lediglich die kollektive Einheit der verbundenen socii, und zwar der zu gemeinsamem Handelsbetriebe verbundenen socii ist, kann eine Handlung als eine von der Gesellschaft selbst bewirkte nur dann in Frage kommen, wenn sie einerseits von sämtlichen Gesellschaftern gemeinsam, andererseits innerhalb der Sphäre ihrer Verbundenheit [1]) vorgenommen worden ist. Die Sphäre der Verbundenheit aber bedeutet bei der offenen Handelsgesellschaft den Umfang des gemeinsamen Geschäftsbetriebes, der überhaupt der Zweck des Zusammenschlusses der Gesellschafter gewesen ist.

Wann im einzelnen Handlungen in den Geschäftsbetrieb fallen, ist quaestio facti. Jedenfalls brauchen gemeinschaftliche Handlungen der Gesellschafter nicht unbedingt solche der Gesellschaft zu sein. Dies ergibt sich schon aus der Möglichkeit, daß dieselben Personen verschiedene offene Handelsgesellschaften

1) Vgl. Schulz, Dissertation, S. 24, 25.

bilden können und dann von sämtlichen Gesellschaftern bewirkte Handlungen solche jeder Gesellschaft wären.

Bei Rechtsgeschäften läßt sich aus ihrer Natur verhältnismäßig leicht erkennen, ob sie als in die Sphäre der Verbundenheit der Gesellschafter fallend zu betrachten sind. Schwieriger ist dies dagegen bei Handlungen, die nicht rechtsgeschäftlicher Natur sind. Bei ihnen vermag auch der bloße Wille aller Gesellschafter, die Handlungen im Interesse und zum Vorteile der Gesellschaft vorzunehmen, allein noch nicht zu bewirken, daß die Handlungen als solche der Gesellschaft in Betracht kommen. „Dagegen wird dies anzunehmen sein, sofern die Handlung nach dem dem gesellschaftlichen Gewerbebetriebe gesetzten Zwecke und nach den für seine Erreichung betätigten Mitteln diesem Gewerbebetriebe angehörte, namentlich wenn noch dazu ihre Ergebnisse ohne weiteres in den Bereich der gewerblichen Herrschaft, wie solche vermöge der gewerblichen Betriebsveranstaltungen und des darin waltenden Willen besteht, fallen.“ [2])

Sind nun Delikte als Handlungen der im vorstehenden bezeichneten Art denkbar — und darüber besteht kein Zweifel —, so können sie auch von den Gesellschaftern als solchen begangen werden. Der Zweck der Gesellschaft braucht deshalb nicht die gemeinschaftliche Begehung von Delikten zu sein, sondern es ist wohl möglich, daß, wie vom Einzelkaufmann innerhalb seines Geschäftsbetriebes, so auch von mehreren Gesellschaftern innerhalb des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft Delikte begangen werden.[3])

Daß die Gesellschaft durch derartige Delikte, die als von ihr selbst begangen zu betrachten sind, auch verpflichtet wird und dafür haftet, bedarf keiner näheren Erörterung, da es widersinnig wäre, eine Personengesamtheit für von ihr be-

2) R.G. Bd. 15, S. 128.

3) Schulz a. a. O. S. 26.

wirkte Handlungen weniger haftbar zu erklären, als eine Einzelperson für die von ihr verursachten Folgen. Ob dabei die gemeinschaftlichen Delikte innerhalb oder außerhalb eines Schuldverhältnisses begangen werden, ist gleichgültig: es kommen hier Handlungen des haftenden Rechtssubjektes selbst in Frage, nicht solche Dritter, durch die das Rechtssubjekt verpflichtet würde.

B.

Die Haftung für Handlungen, die von einem einzelnen, von der Vertretung der Gesellschaft nicht ausgeschlossenen Gesellschafter vorgenommen worden sind.

§ 7.

Allgemeines.

§ 125 H.G.B. statuiert in seinem 1. Absatze die Fähigkeit jedes Gesellschafters, die Gesellschaft zu vertreten!

„Zur Vertretung der Gesellschaft ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist."

Diese Vertretungsmacht wird weiter in § 126 ihrem Umfange nach bestimmt.

„Die Vertretungsmacht der Gesellschafter erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschließlich der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura."

Wie bereits gesagt, soll in unserer Abhandlung nur von Handlungen solcher Gesellschafter die Rede sein, die von der Vertretungsbefugnis durch den Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen sind. Die Rechtshandlungen der von der Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter würden ja als vollkommen selbständige, von der kollektiven Einheit der Gesell-

schaft unabhängige Betätigungen ohne jeden Belang für die Gesellschaft sein. Wenn diese aber einzelne von der Vertretung an sich ausgeschlossene Gesellschafter zur Vornahme bestimmter Handlungen ermächtigte und durch sie naturgemäß auch verpflichtet würde, so würde diese Verantwortlichkeit eintreten auf Grund von Handlungen, die von den Gesellschaftern nicht vermöge und infolge ihrer Eigenschaft als socii vorgenommen worden sind, sondern vielmehr auf Grund von Handlungen, die als für die Gesellschaft verbindliche von den socii nur kraft der ihnen erteilten Sondervollmacht bewirkt worden sind. Eine solche Vollmacht könnte aber mit derselben Wirkung jedem beliebigen Dritten erteilt werden.

Das Verhältnis des Vertreters zum Vertretenen als Gesellschafter zur Gesellschaft würde hier für die Haftung überhaupt nicht in Frage kommen.

Zwischen den weiter oben besprochenen Handlungen sämtlicher Gesellschafter und denen einzelner von der Vertretung nicht ausgeschlossener besteht etwa der gleiche Unterschied wie zwischen Handlungen des Prinzipals selbst und solchen des Handlungsbevollmächtigten. Mag auch der Gesellschafter, wie Staub S. 405 sagt, der geborene, der Handlungsbevollmächtigte bez. Prokurist der bestellte Vertreter sein, so ist doch der an gleicher Stelle ausgesprochenen Ansicht, die Stellvertretung des Gesellschafters sei Organschaft, entschieden zu widersprechen. Hierin liegt gerade ein Hauptunterschied der offenen Handelsgesellschaft von der juristischen Person. Während diese überhaupt nur durch ihre Organe handeln kann, selbst aber unmittelbar nicht handlungsfähig ist, ist die offene Handelsgesellschaft, die ja kein über ihren Mitgliedern stehendes ideales Rechtssubjekt, sondern nur die Gesamtheit dieser bedeutet, selbst wohl handlungsfähig. Während der Vorstand die Betätigung der juristischen Person in Erscheinung treten läßt, wie die Hand die der physischen beim Schreiben, der Mund

beim Sprechen, werden die Gesellschafter für die Gesellschaft tätig, indem sie Geschäfte besorgen, die jene an sich eben so gut selbst bewirken könnte.[4])

Daß trotzdem der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Rechtsverkehr eine gewisse Sonderstellung einnimmt, wird unten näher erörtert werden, denn darauf beruht ja eben die besonders geartete Haftung der von ihm vertretenen Gesellschaft.

Gemäß dem im B.G.B. herrschenden Prinzipe der direkten Stellvertretung ergibt sich aus der dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Vertretungsmacht als natürliche Folge, daß durch alle von ihm ausdrücklich oder in aus den Umständen ersichtlicher Weise für die Gesellschaft bewirkten Geschäfte und Rechtshandlungen diese unmittelbar berechtigt oder verpflichtet wird (§ 164 B.G.B.). Berechtigt oder verpflichtet wird aber die als Verkehrssubjekt, als subjektive Einheit zu betrachtende Gesellschaft. Für diese wird der Gesellschafter tätig, nicht etwa zum Teil für sich selbst, zum Teil für die anderen Gesellschafter, denn er vertritt nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern ihre Gesamtheit.

Der Gesellschafter kann nur im Umfange der ihm zustehenden sehr weiten Vertretungsmacht in der verschiedensten Weise tätig werden.

Seine Handlungen können innerhalb oder außerhalb eines zwischen der Gesellschaft und einem Dritten bestehenden, gleichgültig auf welche Weise entstandenen Schuldverhältnisses dem Dritten gegenüber erfolgen, sie können, wie man kurz, wenn auch nicht genau zu sagen pflegt, kontraktliche oder außerkontraktliche sein. Beide Arten von Handlungen können ihrerseits wiederum zu den erlaubten oder unerlaubten gehören.

Ehe auf die verschiedenen Arten näher eingegangen wird,

4) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 419: Die Organe handeln nicht für die juristische Person, sondern diese handelt durch sie.

mag zunächst ein besonderer Fall herausgegriffen und vorweg besprochen werden, der, weil besonders geartet, eine besondere Behandlung verdient.

Es ist dies der Fall, daß ein Gesellschafter im Einverständnis mit den anderen ein Delikt begeht. Hier haben den Willen zur Vornahme der unerlaubten Handlung sämtliche Gesellschafter gefaßt. Die Gesellschaft ist aber, wie öfter erwähnt, nichts weiter als die kollektive Einheit der verbundenen Gesellschafter. Fällt deshalb die unerlaubte Handlung in den Bereich der Verbundenheit, so hat die Gesellschaft als solche das Delikt gewollt. Ihr eigener Wille ist durch die Handlung des einen nicht als Vertreter im Wollen in Frage kommenden Gesellschafters lediglich in äußere Erscheinung getreten. Das Delikt ist ein Delikt der Gesellschaft als solcher, ihre Haftung ist in jeder Beziehung dieselbe, wie wenn sämtliche Gesellschafter gemeinsam die unerlaubte Handlung begangen hätten.

§ 8.

Insbesondere die Haftung für die unerlaubten Handlungen eines Gesellschafters.

Anders verhält es sich mit der Haftung der Gesellschaft dann, wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter ohne Einwilligung der übrigen ein Delikt begeht.

Hier handelt es sich um die Haftung der Gesellschaft für fremdes Verschulden (vgl. oben Seite 24), im Gegensatz zu den bisher angezogenen Fällen, wo die deliktische Haftung der Gesellschaft für eigenes Verschulden in Frage kam.

Daß zunächst unter den Geschäften und Rechtshandlungen, auf die sich gemäß § 126 H.G.B. die Vertretungsmacht des Gesellschafters erstreckt, nur erlaubte gemeint sein können, ergibt sich aus logischen Gründen. Würde vom Gesetz eine

Vertretungsmacht hinsichtlich unerlaubter Handlungen ausgesprochen, so würden sie gewissermaßen sanktioniert.

Während deshalb wie erwähnt die Gesellschaft durch die erlaubten Handlungen des Gesellschafters, mögen sie kontraktliche oder außerkontraktliche sein, vorausgesetzt, daß sie sich innerhalb gewisser Grenzen halten (siehe oben), auf jeden Fall gemäß § 126 Abs. 1 H.G.B. in Verbindung mit den Vorschriften über die Stellvertretung im bürgerlichen Recht unmittelbar verpflichtet wird, auch wenn der Erfolg der Handlungen der Gesellschaft zum Schaden gereicht, ist dies hinsichtlich der unerlaubten Handlungen nicht ohne weiteres aus positiven Gesetzesvorschriften abzuleiten.

Läßt sich aus den Bestimmungen des H.G.B. irgend welcher Anhalt für diese Haftung entnehmen? Die Wissenschaft und Praxis hat sie jedenfalls schon seit langer Zeit angenommen und spez. das R.G. hat in ständiger Rechtsprechung für das Bestehen einer solchen Haftung bestimmt Partei ergriffen.[5])

Wie die Denkschrift zum heutigen H.G.B. auf Seite 93 sagt, hat die Frage, inwieweit die Gesellschaft für den Schaden verantwortlich ist, den ein vertretungsberechtigter Gesellschafter bei seinen Verrichtungen einem Dritten zufügt, durch Rechtsprechung des R.G. eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Lösung gefunden. Niemals hat man diese Haftung aber auf den § 126 des neuen bez. Art. 114 des alten Handelsgesetzes gegründet. Es ist wohl auch der Ansicht Recht zu geben, daß der Art. 114 Abs. II das Wort „Rechts-

---

5) Seuff. Archiv Bd. 43, Nr. 45, Bd. 56, Nr. 54. Bolze, Bd. 13, Nr. 495, 496, Bd. 17, Nr. 523, Bd. 21, Nr. 553. R.G.E. vom 7. März 1900 in Holdheim 1900, S. 155. R.G.E. Bd. 10, S. 310, Bd. 32, S. 35, Bd. 43, S. 105, Bd. 46, S. 18, Bd. 15, S. 121 ff., Bd. 17, S. 93, Bd. 20, S. 190. Juristische Wochenschrift 1900, S. 349, Nr. 24.

geschäfte" im Gegensatz zu Delikten gebraucht hat[6]), woraus man aber andererseits ebensowenig wie aus den Bestimmungen des neuen Handelsgesetzes schließen kann, daß die Haftung für Delikte damit überhaupt ausgeschlossen sein sollte.

Es ist zunächst daran festzuhalten, daß im Gegensatz zu den erlaubten Handlungen hinsichtlich der unerlaubten eine rechtswirksame Stellvertretung begrifflich unmöglich ist.

Hiermit steht jedoch nicht im Widerspruche, daß der Vertretene unter gewissen Voraussetzungen für die Rechtswidrigkeiten des Vertreters einstehen muß. Dies ist der Fall[7]), wenn die Rechtswidrigkeit bei Eingehung oder Erfüllung eines in den Bereich der Stellvertretung fallenden Rechtsgeschäftes stattgefunden hat, oder wenn sonst nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Verantwortlichkeit für Delikte anderer Personen begründet ist.

Hieraus ergibt sich der weiter zu verfolgende Weg: Die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Delikte der socii kann sich nur auf die allgemein geltenden Grundsätze über die Haftung für fremdes Verschulden stützen.

Wir müssen deshalb auf das Bürgerliche Gesetzbuch als die Grundlage allen modernen Civilrechtes zurückgreifen und die darin enthaltenen Normen sowie die diese Normen beherrschenden Rechtsgrundsätze über die Haftung für fremdes Verschulden auf ihre Anwendbarkeit für unseren Fall näher betrachten.

Gemäß der oben bereits erwähnten Einteilung der Haftung in solche für kontraktliches und für außerkontraktliches Verschulden mag zunächst auf die Haftung für das kontraktliche Verschulden eingegangen werden.

---

6) Johow, Entscheidungen des Kammergerichts, Bd. 15, S. 54.
7) Behrend, I, S. 345.

§ 9.

a) Das kontraktliche Verschulden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch handelt über die Haftung für das Verschulden Dritter, das diesen innerhalb eines zwischen dem Haftenden und dem Geschädigten bestehenden Vertragsverhältnisses zur Last fällt, in § 278, indem es bestimmt, daß der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten hat, wie eigenes Verschulden.

Als gesetzlicher Vertreter im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht zu betrachten. Wie Dernburg richtig annimmt[8]), will das Bürgerliche Gesetzbuch unter gesetzlichen Vertretern nur diejenigen verstanden wissen, denen eine vormundschaftliche Stellung zukommt[9]).

Nicht dagegen sind gesetzliche Vertreter im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs diejenigen Vertreter, die für Personen bestellt sind, die selbst rechtswirksame Handlungen vorzunehmen nicht im stande sind. Wäre dies der Fall, so brauchte das Gesetzbuch dem Vorstande der juristischen Person nicht ausdrücklich die Stellung eines gesetzlichen Vertreters einzuräumen. Neben der gesetzlichen Vertretung in dem festgelegten Sinne gibt es (vgl. Dernburg wie oben) Fälle, in denen jemandem kraft Gesetzes eine Vertretungsmacht zusteht, ohne daß er die besondere Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Lediglich als ein solcher Vertreter mit gesetzlich geregelter Vertretungsmacht ist der Gesellschafter zu betrachten. Der § 278 kann auf ihn, soweit er von der Haftung für das Verschulden des gesetzlichen Vertreters handelt, keine Anwendung finden.

---

8) Dernburg, Bd. 2, S. 472 f.

9) U. A. Feder, S. 25, Makower, S. 234.

Indessen ist der Gesellschafter unter die andere Kategorie von Personen zu rechnen, für die gemäß dem oben genannten Paragraphen der Schuldner haftet. Durch den Gesellschaftsvertrag ist jeder Gesellschafter, der nicht von der Vertretung ausdrücklich ausgeschlossen ist, zu Rechtsgeschäften Dritten gegenüber ermächtigt. Die Gesellschaft bedient sich seiner kraft des im Gesellschaftsvertrage gemeinsam zum Ausdruck gelangten Willens zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten[10]). Für allen Schaden, den er hierbei anrichtet, sei es durch fahrlässiges oder doloses deliktisches Handeln, hat sie, sofern ihn ein Verschulden trifft, gemäß § 278 Bürgerlichen Gesetzbuchs zu haften. Diese Haftung wird durch den zweiten Satz von § 278 insofern eingeschränkt, als der vertragsmäßige Ausschluß der Haftung für dolus ausdrücklich für zulässig erklärt wird.

b) Das außerkontraktliche Verschulden.

Was die Haftung für außerkontraktliches Verschulden anbetrifft, so wird diese im Bürgerlichen Gesetzbuch allgemein durch den § 831 geregelt, wo bestimmt wird, daß derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügte, daß diese Ersatzpflicht aber nicht eintritt, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Läßt sich diese Gesetzesbestimmung ebenso wie § 278 auf das Verhältnis der offenen Handelsgesellschaft zum Gesellschafter anwenden? Planck bejaht die Frage[11]). Daß die Gesellschaft

10) Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, S. 50.

11) Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, S. 625.

als solche überhaupt fähig ist, eine Sorgfalt zu beobachten oder nicht zu beobachten, ergibt sich aus ihrer oben behandelten Geschäfts- und Deliktsfähigkeit. Man könnte aber der Meinung sein, daß der Gesellschaft die Möglichkeit, eine Wahl zu treffen, überhaupt nicht gegeben und deshalb eine Haftung derselben mangels jeglichen, von § 831 vorausgesetzten eigenen Verschuldens schlechterdings ausgeschlossen sei. Aus dem Folgenden wird sich jedoch das Gegenteil ergeben.

Es ist zunächst anzunehmen, daß der einzelne von der Vertretungsmacht nicht ausgeschlossene Gesellschafter von der Gesellschaft zu allen Verrichtungen, die in ihren Geschäftsbetrieb fallen und in Fragen kommen können, bestellt ist. Die Vertretungsmacht steht ihnen zwar kraft des Gesetzes zu, aber doch eben nur, weil die Gesellschafter den Vertrag, dessen unbedingte gesetzliche Folge diese Vertretungsmacht ist, geschlossen haben. Es kann aber keinen Unterschied bedeuten, ob ein Auftrag, ein Dienstvertrag, ein Werkvertrag oder ein Gesellschaftsvertrag der Bestellung zu Verrichtungen zu Grunde liegt [12]). Die Auswahl des zu bestellenden Vertreters wird in unserem Falle vor oder bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags getroffen. Haben die Gesellschafter daher, als sie den Gesellschaftsvertrag mit dem Gesellschafter, der später die schädigende Handlung begangen hat, abschlossen, ohne ihn von der Vertretungsbefugnis auszuschließen, mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Rücksicht darauf genommen, daß der betreffende auch zur Vornahme der in die Geschäftssphäre der Gesellschaft fallenden Verrichtungen geeignet war, so müßte die Verpflichtung der Gesellschaft zur Haftung für den von ihm verursachten Schaden entfallen.

Indessen ist der Pflicht zu diligentia in eligendo noch nicht genügt.

---

12) Dernburg II, S. 624.

Die Gesellschaft ist verpflichtet, sich auch während des Bestehens des Vertrags zu vergewissern, daß die einzelnen von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Gesellschafter zur Vornahme der in Frage kommenden Verrichtungen geeignet sind, und muß insonderheit einen ungeeigneten Gesellschafter, sobald sie von dieser seiner Eigenschaft Kenntnis erhalten hat, von der Vertretung ausschließen. Auch das Unterlassen der Ausschließung würde, wenn es der im Verkehr üblichen Sorgfalt widerspräche, genau wie ein leichtsinniges Bestellen zu einer Verrichtung die Haftpflicht nach § 831 begründen. Voraussetzung für die Haftung bleibt natürlich immer, daß die culpa in eligendo kausal für den entstandenen Schaden ist.

Aus den §§ 278 und 831 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt sich somit eine Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Delikte ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter die sie begehen:

1. in Erfüllung einer Gesellschaftsverbindlichkeit zum Schaden des Gläubigers,

2. zwar nicht innerhalb eines Obligationsverhältnisses, aber in Ausführung der sich aus dem gesellschaftlichen Gewerbebetriebe ergebenden Verrichtungen zur Erreichung des diesem Gewerbebetriebe gesetzten Zwecks, vorausgesetzt, daß die Gesellschaft eine culpa in eligendo trifft, für deren Nichtvorhandensein sie beweispflichtig ist.

Man hat aber sowohl unter der Herrschaft des gemeinen Rechts als auch der des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine weitergehende, durch die §§ 278 und 831 Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht gedeckte Haftung der offenen Handelsgesellschaft angenommen, insofern man sie auch ohne eigenes Verschulden für die außerkontraktlichen Delikte der Gesellschafter haften ließ. Ob die Annahme einer solchen Haftung berechtigt ist, innerhalb welcher Grenzen sie sich halten muß und auf

welchen Gründen sie basiert, dies näher zu beleuchten, soll unsere Aufgabe im Folgenden sein.

§ 10.

Die weitere Haftung.

Der Gesetzgebung fallen hinsichtlich des eine Person treffenden Schadens zwei Aufgaben zu [13]).

Sie hat einerseits die Entstehung des Schadens so viel wie möglich zu verhüten und andererseits den entstandenen Schaden so zu verteilen, wie die soziale Gerechtigkeit mit Rücksicht auf die Bedürfnisse einer gesunden Volkswirtschaft es verlangt. Der Schadensersatz hat demnach eine doppelte Bedeutung, nämlich eine phychologische und eine ökonomische. Während die erste überall im Strafrecht und im Civilrecht da zur Geltung kommt, wo das Verschuldungsprinzip herrscht, ist man der letzteren, naturgemäß nur im Civilrecht, da gerecht geworden, wo man die Haftpflicht einer Person für Schaden statuiert hat, hinsichtlich dessen Entstehens sie ein Verschulden nicht trifft. Dies zeigt sich im Bürgerlichen Gesetzbuch augenscheinlich in § 829, der einer deliktsunfähigen Person eine subsidiäre Haftpflicht für den von ihr verursachten Schaden auferlegt, soweit die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten eine Schadloshaltung des Betroffenen erfordert.

Billigkeitsgründe haben besonders bei der Regelung der Haftung für fremdes Verschulden mitgewirkt, Billigkeitsgründe beherrschen so auch den bereits auf seine Anwendbarkeit auf unseren Fall geprüften § 278 Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das Gesetz ist hier von der Voraussetzung ausgegangen, daß die

13) Feder, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, S. 5.

meist wenig bemittelten Hilfspersonen nicht in der Lage sind, den Gläubiger für den von ihnen verursachten Schaden schadlos zu halten. Mit dem meist besser gestellten Schuldner aber ist der Gläubiger das Kontraktverhältnis eingegangen. Wer nun, um seinen Betrieb zu vergrößern, sich fremder Leute als Gehilfen bedient, aus deren Arbeit er einen größeren Vorteil für sich zieht, muß sich auch als Belastung seines Geschäftes den Schaden anrechnen lassen, den die Erweiterung des Geschäftes als Korrelat des größeren Nutzens im Gefolge hat.

Billigkeitsgründe finden auch ganz besonders ihren Ausdruck in § 31 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wo bestimmt wird, daß der Verein für den Schaden verantwortlich ist, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt. Durch diese Bestimmung werden die Vorschriften über die Haftung aus der Stellvertretung und § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt, wohl aber wird die nach § 831 des Bürgerlichen Gesetzbuchs erweitert, indem das Vorhandensein einer culpa in eligendo et custodiendo auf seiten des Geschäftsherrn die Haftpflicht nicht bedingt. Maßgebend ist[14]) bei dieser Ausdehnung der Haftpflicht der Gedanke, daß die Handlungen des verfassungsmäßigen Vertreters einer juristischen Person — auf diese findet der § 31 gemäß §§ 86 und 89 allgemeine Anwendung —, da sie überhaupt nur durch ihn handeln und in den Geschäftsverkehr eintreten kann, im Interesse Dritter ganz so angesehen werden müssen, als seien es Handlungen der juristischen

14) Vgl. Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Ausführungen zu § 81 B.G.B.

Person selbst. Die erweiterte Haftung ist also als ein Aquivalent dafür zu betrachten, daß der juristischen Person, die einen selbständigen Willen zu fassen, geschweige denn unmittelbar zu handeln, nicht im stande ist, doch die Möglichkeit gegeben ist, im Rechtsverkehr aufzutreten, Rechtshandlungen vorzunehmen und Rechte zu erwerben.

Wie auf dem ganzen Rechtsgebiet ergeben sich auch hier aus den eingeräumten Rechten die diesen entsprechenden Pflichten. Es würde eine Vergewaltigung dieses auf ethischen Gesichtspunkten beruhenden Satzes bedeuten, wollte man „jene künstlichen Rechtssubjekte ihren Mitrechtssubjekten gegenüber so viel günstiger stellen, daß ihnen nur die Rechte einer rechtlich willensfähigen Persönlichkeit gewährt würden ohne deren Pflichten [15]).

Ähnlich der juristischen Person, sind der offenen Handelsgesellschaft durch die Rechtsverordnung Vergünstigungen eingeräumt, die sich nicht aus ihrer juristischen Konstruktion ergeben, sondern ihr durch ausdrückliche Rechtsvorschrift verliehen werden mußten. Nur so ist es möglich, daß die offene Handelsgesellschaft in der Weise, wie sie es tatsächlich vermag, als Verkehrssubjekt auftreten, unter ihrer Firma Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden kann.

Die offene Handelsgesellschaft ist nun zwar im Gegensatze zur juristischen Person wohl fähig, selbständig einen Willen zu fassen und selbst handelnd aufzutreten, da sie ja nur die Gesamtheit der Gesellschafter darstellt. Können ja die Gesellschafter, wie oben ausgeführt, gemeinsam Delikte begehen, aus denen die Gesellschaft als solche verpflichtet wird. Bei Gesellschaften mit einer geringen Anzahl von Gesellschaftern ist es, wie oben schon angedeutet, auch tatsächlich sehr wohl möglich,

15) Jung, Delikt und Schadensverursachung 1897, S. 151.

daß diese alle Rechtshandlungen nur gemeinsam vornehmen, zumal wenn sie alle ihre Arbeitskraft dem Zwecke der Gesellschaft widmen. Indessen in den weitaus meisten Fällen würde das Erfordernis des gemeinsamen Handelns in der Praxis einen sehr empfindlichen Hemmschuh bedeuten, ja es würde dem Grunde, weshalb sich die Gesellschafter zusammengeschlossen haben, einfach widersprechen. Man denke nur an Gesellschaften, bei denen der eine Gesellschafter seine Arbeitskraft, der andere Kapital eingeworfen hat. Zur besseren Verwertung des einen durch die Verbindung mit dem andern und um aus der Verbindung beider durch die freie selbständige Betätigung des neuen Verkehrssubjektes einen entsprechend größeren Nutzen zu ziehen, ist man die Gesellschaft eingegangen. Hiermit könnte es nicht in Einklang gebracht werden, daß nur durch gemeinsames Handeln sämtlicher Gesellschafter die Gesellschaft Dritten gegenüber verpflichtet würde. Man bedenke auch, daß die offene Handelsgesellschaft zumal bei der bestehenden Möglichkeit des Eintritts der Erben eines socius in die bestehende Gesellschaft aus einer ganz beträchtlichen Menge Gesellschafter bestehen kann, so daß gemeinsame Handlungen dieser nur schwer zu stande kommen können und durch das Erfordernis derselben der ganze Geschäftsgang sich unverhältnismäßig viel schwerfälliger gestalten würde.

Wenn das Gesetz nun alle diese Schwierigkeiten beseitigt und der offenen Handelsgesellschaft die Eigenschaften eines Verkehrssubjektes verliehen hat, das sich im Rechtsverkehr als solches auf das leichteste, der juristischen Person ähnlich, betätigen kann, so muß es auch im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs die den Vorteilen entsprechenden Pflichten statuieren, wie es dies bei den juristischen Personen ausdrücklich getan hat.

Mag diese ihrem Wesen nach der offenen Handelsgesellschaft noch so verschieden sein, in diesem Punkte, in dem Tätig-

werden der beiden Verkehrssubjekte im Rechtsverkehr, im Auftreten dritten Personen gegenüber, sind für beide Institute dieselben grundlegenden Erwägungen maßgebend.

Die Fähigkeit, im Verkehr durch Ausübung einer Willensmacht Rechtsgüter zu erwerben, trägt zugleich die Möglichkeit in sich, durch diese Machtbetätigung fremde Herrschaftskreise zu verletzen, dem Rechte der Betätigung entspricht daher die Pflicht, sich der Verletzung zu enthalten. Mit der Steigerung der Machtmittel erhöht sich die Betätigungsfähigkeit im Verkehr. Gerade auf dieser Erkenntnis beruht die gesetzgeberische Begünstigung der Gesellschaft, damit aber auch zugleich auf der Möglichkeit solcher Kollisionen mit den Rechten Dritter.[16])

Auf diesem Grundsatze der aequitas beruht die Bestimmung in § 31 des B.G.B., nach ihm muß sich auch die Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Delikte der Gesellschaft regeln. Den Schaden erleiden Dritte durch den Funktionär der Gesellschaft, mit dem sie vielleicht nie in Berührung gekommen wären, wenn ihm diese Eigenschaft nicht innegewohnt hätte. Nur durch die ihm von der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Mittel und die ihm als vertretungsberechtigten Gesellschafter zukommende Stellung mag er oft erst Gelegenheit und Macht erlangt haben, Dritte zu verletzen.

Der preußische Entwurf zum Handelsgesetzbuch hat dem Bedürfnisse nach Kodifizierung dieses Rechtssatzes für die offene Handelsgesellschaft Rechnung tragen wollen, indem er Art. 115 dahin faßte: „Die Gesellschaft haftet für jeden Schaden, welchen ein Gesellschafter in Ausführung der Geschäfte der Gesellschaft einem Dritten zufügt."

Der Artikel ist dann wieder gestrichen worden, und es ist der Praxis überlassen geblieben, den geeigneten Weg zur Regelung dieser Frage zu finden.

---

16) R.G. Bd. 15, S. 123 ff.

Das Reichsgericht (Bd. 15, S. 127) sagt: „Gerade darin, daß der Begriff von ‚Handlungen in Ausführung des Geschäfts' ein vager, bei der Anwendung zu erheblichen Kontroversen Anlaß gebender und nicht einmal die bloß bei Gelegenheit solcher Ausführung vorkommenden klar ausschließender ist, darf man einen entscheidenden Grund für die schließliche Ablehnung der Vorschläge des preußischen Entwurfs finden." Es sagt dann weiter, daß man von einem Gesetze die Aufstellung eines die angemessene Grenze präzis ziehenden Satzes nicht erwarten könne, und fährt fort: „Vielmehr darf das Gesetz von der Rechtsprechung erwarten, daß diese in Würdigung der Verkehrsbedürfnisse und in richtiger Zumessung von Pflichten gegenüber dem Verkehr entsprechend den Ansprüchen, welche gegenüber demselben durch eine Herrschaftsbetätigung erhoben und durch das Recht geschützt werden, die richtige Grenze herauszubilden vermag."

Ob nach der vom Reichsgericht ausgesprochenen Ansicht der vom Bürgerlichen Gesetzbuch in § 31 verwendete Begriff „Handlung in Ausführung der dem Vorstand pp. zustehenden Verrichtungen" nicht auch als vager, bei der Anwendung zu erheblichen Kontroversen Anlaß gebender zu betrachten ist, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls ist dieser Begriff bei der Verschiedenheit der beiden Rechtsinstitute nicht ohne weiteres analog auf die Haftung der offenen Handelsgesellschaft anzuwenden.

Die Verpflichtung der offenen Handelsgesellschaft zur Haftung für Delikte ihrer socii bestimmt sich gemäß dem oben aufgestellten Prinzip der aequitas nach dem Umfange des Vorteils, der ihr durch die Verleihung der Fähigkeit, im Rechtsverkehr als selbständig handelndes Verkehrssubjekt aufzutreten, verliehen worden ist, denn eben diese Fähigkeit bringt die Gefährdung Dritter mit sich.

Dieser Vorteil ist für die juristische Person, der er in ähnlicher Weise zusteht, mit Rücksicht darauf, daß sie als

solche überhaupt nicht handlungsfähig ist, bedeutend höher einzuschätzen. Es muß deshalb die im Verhältnisse zu dem Umfange des Vorteils stehende Haftung eine weitere sein, und das Gesetz hat auch für die juristische Person in § 31 die am weitesten gehende Haftung statuiert. Man mag hierbei bedenken, daß ja die Handlungen der Organe der juristischen Person unmittelbar als solche dieser selbst zu betrachten sind.

Durch die Statuierung der Haftung in § 31 ist zunächst eine Grenze gegeben, über die hinaus eine Haftung der offenen Handelsgesellschaft schlechterdings ausgeschlossen ist: Eine Haftung der offenen Handelsgesellschaft ist deshalb undenkbar für Delikte, die der vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht in Ausübung seiner Vertretungstätigkeit begangen hat.

Innerhalb der angegebenen Grenze, d. h. in Ausübung seiner Vertretungstätigkeit, kann der Gesellschafter jedoch verschiedenerlei Geschäfte vornehmen und dabei Delikte begehen.

So kann er unerlaubte Handlungen begehen in Ausübung von Geschäften, die den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft überhaupt ausmachen, die durch ihre Beschaffenheit die Art und Weise des Gewerbebetriebs der Gesellschaft bestimmen. Daß die Gesellschaft für diese Delikte haften muß, bedarf nach den bisher gegebenen Ausführungen keines Beweises.

Neben derartigen Geschäften gibt es aber noch unzählige andere, die, ohne Geschäfte der durch das Gewerbe der offenen Handelsgesellschaft bestimmten Art zu sein, ohne den eigentlichen Zweck der konkreten Handelsgesellschaft zu bilden, doch in ihre Interessensphäre, in die Sphäre der Verbundenheit der Gesellschafter fallen. Fügt der Gesellschafter in Ausführung solcher Geschäfte Dritten Schaden zu, so ent-

spricht es der Billigkeit, daß die Gesellschaft für den Schaden haftet. Die Verpflichtung ergibt sich aus dem aktiven Interesse, das die Gesamtheit der Gesellschafter, d. h. die Gesellschaft, an der Ausführung derartiger Geschäfte hat.

Weiter kann aber die Haftung auch nicht ausgedehnt werden, denn weiter reicht das aktive Interesse nicht.

Staub sagt: „Für Delikte des vertretungsbefugten Gesellschafters haftet die Gesellschaft soweit, als sie vom Gesellschafter begangen sind in Ausübung der Vertretungstätigkeit. Es muß sich auch hier nicht gerade um Betriebsgeschäfte und nicht gerade um Handelsgeschäfte handeln. Vielmehr haftet die Gesellschaft immer dann, wenn der Schaden begangen ist, bei Ausübung derjenigen Tätigkeit, welche der Gesellschafter vorgenommen hat, um die Gesellschaft handelnd zu vertreten."

Wenn sich diese Ansicht schon im allgemeinen mit der oben aufgestellten nicht deckt, so ist noch im besonderen darauf hinzuweisen, daß es hinsichtlich der Haftung für Delikte eines Gesellschafters nicht auf das ganz subjektive Moment ankommen kann, ob er sie in Ausführung von Geschäften begeht, durch die er die Gesellschaft vertreten will. Sein Wille kommt nicht in Frage, die Handlungen müssen objektiv betrachtet in die Interessensphäre der Gesellschaft fallen. Soweit geht auch dies Schutzbedürfnis Dritter nicht, daß sie durch die Haftpflicht der offenen Handelsgesellschaft gegen Delikte geschützt werden, die mit dem Geschäftsbetriebe derselben tatsächlich in keinem Zusammenhange stehen.

Man mag, solange erlaubte Geschäfte und Rechtshandlungen in Frage kommen, die Haftung der offenen Handelsgesellschaft soweit ausdehnen, daß man sie auch für solche von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern vorgenommene Geschäfte und Rechtshandlungen haften läßt, die über die Gesell-

schaftssphäre der offenen Handelsgesellschaft hinausgehen und ihrem Interesse, sowie ihrem Willen, wenn sie diesen im einzelnen Falle hätte ausdrücken können, nicht entsprechen würden, weil die Gesellschafter eben durch den Gesellschaftsvertrag gemeinhin den Willen zum Ausdruck gebracht haben, durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter vertreten zu werden, und der Dritte im einzelnen Falle im Interesse der Sicherheit des Verkehrs einer genauen Prüfung enthoben sein muß; bei den unerlaubten Handlungen würde eine derartige erweiterte Haftung schon mit den Grundsätzen der Logik nicht zu vereinigen sein, denn man kann nicht annehmen, daß die Gesellschafter auch den Willen, die unerlaubten Handlungen für sich gelten zu lassen, durch Eingehung des Gesellschaftsvertrags zum Ausdruck gebracht haben, und auch als Korrelat für die durch das Gesetz gewährten Vorteile ist eine soweit gehende Haftung nicht denkbar.

Es mag natürlich im konkreten Falle schwierig genug sein, zu beurteilen, ob eine Handlung in den Interessenkreis bezw. die Geschäftssphäre der Gesellschaft fällt und eine Haftung begründet erscheint, jedenfalls wird man unter entsprechender Berücksichtigung der die Haftung für nicht verschuldete Schadenszufügung überhaupt beherrschenden Billigkeitsgrundsätze jederzeit zu einem befriedigenden Resultate kommen.

Hätte der Gesetzgeber hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft eine soweit gehende Haftung statuieren wollen, wie er sie für den Verein in § 31 B.G.B. statuiert hat, so würde er die Vorschrift in diesem Paragraphen nicht nur auf die juristischen Personen, sondern auch auf die offene Handelsgesellschaften ausgedehnt oder durch eine Sonderbestimmung diese Haftung gesetzlich fixiert haben. Die Bestimmung in § 31 B.G.B. aber einfach analog auf die offenen Handelsgesellschaft anzuwenden, dafür bietet sich, wie bereits ausgeführt, keinerlei Anlaß, der im Wesen der offenen Handels-

gesellschaft begründet wäre, vielmehr würde ein derartiges Verfahren per analogiam als völlig ungesetzlich zu bezeichnen sein.

Wohl aber darf der die moderne Haftpflicht beherrschende Grundsatz des aequitas, der im § 31 B.G.B. zum Ausdruck gebracht worden ist, allgemeine Gültigkeit beanspruchen, und auf seiner Grundlage kann und muß eine Haftung der offenen Handelsgesellschaft für Delikte ihrer socii in dem angegebenen Umfang aus praktischen Bedürfnissen angenommen werden.